

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CLEIDE CALGARO

MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cleide Calgario; Márcia Rodrigues Bertoldi; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-583-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II foi realizado durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido de 13 a 16 de julho de 2018 na Universidade Federal da Bahia, em Salvador/BA, reunindo pós-graduandos e professores de diversas instituições do Brasil, os quais apresentaram e submeteram à análise de seus pares trabalhos com temáticas voltadas ao Direito Público, com ênfase em Constituição, Democracia e Direitos humanos.

Especificamente, os trabalhos apresentados abordaram federalismo e direito à saúde; demandas sócio-políticas por reconhecimento dos direitos dos LGBTI; amparo constitucional do idoso; o instituto do referendo em perspectiva comparada; controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à lei orgânica municipal; proteção ambiental; o novo constitucionalismo latino-americano; isenções tributárias; liberdade de informação jornalística; democracia e direitos humanos; o papel do STF e da democracia; ativismo judicial e democracia participativa, para citar alguns.

Todas as discussões travadas voltaram-se a uma profunda reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do estado democrático de direito no Brasil, propondo sugestões para a garantia mais efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em sendo assim, entendemos como importante a leitura dos trabalhos apresentados e agora disponibilizados em formato digital, na medida em que se constitui em mais uma ferramenta para compreender e avançar no nosso atual estágio democrático.

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi – UFPEL

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DEMOCRACIA , EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

DEMOCRACY, EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL

Elenice Ribeiro Nunes Dos Santos ¹

Resumo

A democracia e os direitos fundamentais são conceitos de grande importância para a vida em sociedade. Estudar a relação entre estes conceitos considerando a história constitucional do Estado brasileiro é o desafio deste artigo. É necessário refletir sobre a possibilidade de existência de uma democracia sem a existência de direitos fundamentais e, do oposto, da existência de direitos fundamentais fora do ambiente democrático. É igualmente importante neste tema analisar a atuação das Cortes Constitucionais através do controle de constitucionalidade na efetivação dos direitos fundamentais e se tal função gera problemas no ambiente democrático.

Palavras-chave: Democracia, Direitos fundamentais, Direitos humanos, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Democracy and fundamental rights are concepts of great importance for life in society. Studying the relationship between these concepts considering the constitutional history of the Brazilian State is the challenge of this article. It is necessary to reflect on the possibility of a democracy without the existence of fundamental rights and, on the contrary, the existence of fundamental rights outside the democratic environment. It is equally important in this theme to analyze the performance of the Constitutional Courts through the judicial review in the realization of fundamental rights and if this function generates problems in the democratic environment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Fundamental rights, Human rights, Judicial review

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Faculdade Católica de São Paulo, Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Social.

INTRODUÇÃO

No decorrer do século XX todos os regimes que se apresentavam como alternativas à democracia fracassaram. No início do século, as oligarquias, baseadas em sufrágios restritos, já não eram bem vistas pela humanidade. Após a segunda guerra mundial, os regimes totalitários e fascistas, os quais, em suas críticas, afirmavam que a democracia gerou problemas econômicos e caos, foram extintos. Os regimes comunistas que entendiam que poderiam realizar o princípio da igualdade em um ambiente antidemocrático sucumbiram com graves problemas, principalmente de ordem interna. As ditaduras foram desacreditadas e passaram a adotar uma fachada democrática para subsistir.

A idéia de democracia ganha força no século passado com o reconhecimento e a extensão do rol de direitos fundamentais. Os direitos humanos se sedimentaram após a revolução francesa, mas a constitucionalização, a internacionalização e a preocupação com a criação de um sistema de direitos e garantias ocorreu apenas no século XX, com ênfase para o período posterior a Segunda Guerra Mundial.

Semelhanças podem ser percebidas no histórico desses dois conceitos e, neste trabalho, o objetivo é responder ao questionamento sobre qual a relação entre democracia e direitos fundamentais e como estes dois conceitos estão relacionados na história constitucional brasileira. Considera-se a hipótese de que democracia e direitos fundamentais são interdependentes, não sendo possível um subsistir sem a existência do outro.

Para comprovar a hipótese, será analisado no primeiro tópico o conceito de democracia, no segundo a evolução dos direitos fundamentais e no terceiro a consolidação da democracia, a evolução dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade.

1 CONCEITO DE DEMOCRACIA

A Democracia grega, também conhecida como democracia dos antigos, surgiu em um ambiente escravocrata, que excluía as mulheres do conceito de povo e que condenou a

morte um dos maiores gênios da antiguidade: Sócrates. Não é sem motivos que Platão desconfiava do “governo do povo”.

Assim, para os padrões atuais, o conceito de democracia teve origem em um ambiente antidemocrático. Isso ocorre porque democracia é um conceito histórico, um processo de afirmação do povo e de garantias fundamentais através dos tempos. Isso faz com que esteja relacionado aos valores da época, mas que ao mesmo tempo preserve a constante de ser um regime fundamentado na vontade popular. (SILVA, 2002)

A idéia de democracia tem como essência a relação entre o povo e o poder. Esta relação se aperfeiçoa a partir de um processo de lutas e conquistas de direitos e garantias fundamentais.

Como processo, o conceito de Democracia está em permanente transformação, sempre incorporando novos conteúdos. Deste modo nunca se realizará ou se concretizará completamente. Sempre haverá algo a fazer para implementar o regime democrático. O conceito de democracia é sempre incompleto, existe sempre algo a ser alcançado, a ser aprimorado.

Como afirma CANOTILHO (1999,p.283):

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral , liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade económica política e social (cfr. CRP, art.9º/d).

1.1 EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA

Inicialmente, o povo exercia o seu poder diretamente (Democracia Direta) e, com o passar dos anos, surgiu a necessidade da representação, haja vista não ser mais possível decidir as questões em praça pública. Este fato faz com que surja a democracia representativa, a representação a qual, por vezes, ao invés de aproximar o povo do poder, distancia, enfraquecendo o regime democrático. Tal situação é agravada com a adoção do conceito de mandato representativo em oposição ao mandato imperativo. Para que o povo não seja alijado do poder, a Democracia Representativa (Democracia dos modernos) deve conceber instrumentos que garantam a participação popular nas decisões governamentais independente do conceito de representação adotado.

No início do século XX, os Estados totalitários ganharam força criticando a democracia liberal, considerada como responsável pela desordem e pelo caos econômicos, vez

que abandonaria a sociedade “à cobiça ilimitada dos ricos e poderosos”. Para esses estados a democracia era um mal. No momento posterior, na luta dos capitalistas contra os regimes totalitários, a democracia era um bem. Assim, a democracia foi transformada em um instrumento ideológico. “Tanto assim, que os grandes Estados capitalistas, campeões da democracia, não tiveram dúvida em auxiliar a implementação de regimes autoritários (portanto antidemocráticos) toda vez que lhes pareceu conveniente.” (CHAUÍ, 2010)

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão dos direitos fundamentais surge após a positivação dos Direitos Humanos. Segundo DIMOULIS (2014, p.41)

“Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”

2.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO INTERNACIONAL

Os religiosos e os filósofos foram os primeiros a falar sobre uma essência do ser humano que deveria ser respeitada e protegida. A idéia de dignidade da pessoa humana precede a idéia de Direitos Humanos. Isso porque só é possível falar em direitos humanos quando surge a possibilidade de exigir respeito a esses direitos em juízo, e, tal possibilidade, se concretiza apenas no pós Revolução Francesa (1789). O conceito de Direitos Humanos surge no Estado liberal e era um conceito liberal. A primeira geração (dimensão) dos direitos fundamentais não foi criada com o objetivo principal de proteger os indivíduos do Estado, mas de evitar a ressurreição do Estado Absolutista protegendo o indivíduo do Estado. (TRINDADE, 1998)

É importante lembrar que o burguês liberal, idealizador da primeira geração dos direitos humanos, não era um democrata. Na Constituição Francesa de 1791 defenderam o voto censitário, distinção entre cidadãos no que se refere aos direitos políticos, a exclusão do direito ao voto dos criados assalariados e dos devedores insolventes. Também criaram

impostos e taxas para a candidatura as assembleias locais e nacionais. Não se manifestaram em um primeiro momento contra escravidão e contra a desigualdade de gênero. Em relação a escravidão a Assembleia Constituinte chegou a decidir em 15 de maio de 1791 que o corpo legislativo não deliberaria “sobre o estado político das pessoas de cor que não forem nascidas de pai e mãe livres”. (TRINDADE, 1998, p.64/72)

A teoria dos Direitos Fundamentais também está relacionada ao Contratualismo. Segundo BOBBIO (1994, p.15), o que os une

“(…)é a comum concepção individualista da sociedade. A concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com os seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade”

Os direitos humanos durante o Estado Burguês só era acessível para o nacional, ou seja, só o indivíduo que fizesse parte do povo em sentido jurídico poderia ter acesso a tais direitos que seriam conferidos pelo Estado. Aquele que não tivesse uma nacionalidade, denominados apátridas, não teria direito a ter direitos, pois não seriam protegidos por um Estado.

No século XX a situação muda porque divulgar e proteger os direitos e garantias fundamentais não era um interesse apenas dos liberais. Como diz MIRANDA (2003, p.54):

A situação muda no século XX: não tanto por desagregação ou dissolução das três vertentes liberais (em especial pelo fato de o liberalismo político deixar de fundar necessariamente no liberalismo filosófico e se separar do liberalismo econômico) quanto por todas as grande correntes – religiosas, culturais, filosóficas, ideológicas, políticas – se interessarem pelos direitos do homem e quase todas se afirmarem empenhadas na sua promoção e na sua realização. O tema dos direitos do homem cessou de ser, no nosso tempo uma exclusiva aspiração liberal.

Além disso, os direitos humanos, principalmente no pós Segunda Guerra mundial, rompem a barreira do Estado para alcançar um *status* universal. A proteção dos direitos humanos passa a existir não só para o cidadão de um determinado Estado, mas para todo o ser humano. Neste contexto é estruturado o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.

2.3 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

D. Pedro I, após dissolver a Assembleia Constituinte em 1823, outorga a primeira Constituição Brasileira, em 25 de março de 1824, a qual positivava direitos fundamentais nos 35 incisos do art. 179. Eram direitos fundamentais de primeira dimensão, semelhantes aos

previstos nas Constituições da França e dos Estados Unidos. Porém, não obstante tratar a respeito de direitos humanos, existiam duas prescrições na Constituição do Império que prejudicavam a concretização dos direitos fundamentais.

A primeira determinava que o Imperador era uma figura inviolável e sagrada, não estando sujeito a nenhum tipo de responsabilização (art.99). Esta disposição impossibilitava a existência do Estado de Direito no Brasil, pois a lei só existia para os súditos, não existia para o governante. Não existira a igualdade de todos perante a lei, o que prejudicava a efetivação de direitos e garantias fundamentais.¹

Além disso, existia a previsão do Poder Moderador, teoria de divisão de funções estatais idealizada por Benjamin Constant e deturpada no texto constitucional da Constituição Imperial ao atribuir ao imperador poderes ilimitados, submetendo todos os poderes constituídos e impedindo a concretização da Teoria da Separação dos Poderes no Brasil. O Poder Moderador (na forma como foi positivado na Constituição de 1824), segundo Bonavides (1987), era a constitucionalização do absolutismo.²

O Brasil neste período era uma monarquia de base escravocrata, existia a previsão de eleições para as Câmaras localizadas nas cidades e vilas, porém o sufrágio era restrito e, além de excluir os escravos e mulheres, possuía restrições relacionadas a renda para acesso aos direitos políticos.³

A partir da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, e principalmente, depois da promulgação da Constituição Republicana em 24 de fevereiro 1891, surge no Brasil uma Democracia incipiente. Tal Lei Fundamental, além de alterar a forma de governo, modifica a organização político administrativa e o sistema de governo. O Brasil transforma-se em uma República Federativa. Porém, apesar dos institutos importados, instaura-se no Brasil a chamada República das Espadas, que teve como seus representantes os presidentes Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto.

¹ Segundo José Afonso da Silva o Estado de Direito tem como características básicas: a) a submissão ao império da lei, a divisão dos poderes e o enunciado dos direitos e garantias fundamentais. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39ª edição.p.114. São Paulo: malheiros, 2016.

² Neste sentido Paulo Bonavides argumenta “Conferiu a esse Poder Moderador primazia sobre os demais poderes, o que sem dúvida se arredava da teorização de Benjamin Constant contrariando-a desde as bases.” O Poder Moderador na Constituição do Império – Exemplo de um desencontro do Direito com os fatos.p.29. Revista de Informação Legislativa. Vol. 11, n. 41, p. 27-32. Brasília: jan./mar. 1974.

³ Sobre o Sufrágio Censitário temos o exemplo do art.45 da Constituição de 1824:

“Art. 45. Para ser Senador requer-se:

I. Que seja Cidadão Brasileiro, e que esteja no gozo dos seus Direitos Politicos.

II. Que tenha de idade quarenta annos para cima.

III. Que seja pessoa de saber, capacidade, e virtudes, com preferencia os que tivirem feito serviços á Patria.

IV. Que tenha de rendimento annual por bens, industria, commercio, ou Empregos, a somma de oitocentos mil réis.”

O grande mentor da Constituição de 1891 foi Rui Barbosa, um entusiasta da Revolução Americana, que importou conceitos criados pelas ex-colônias inglesas na América do Norte com destaque para o conceito de federação, o sistema bicameral e o conceito sistema presidencialista.

A primeira Constituição Republicana, assim como a Constituição de 1824, tratava apenas sobre direitos individuais haja vista no momento de sua elaboração apenas a primeira dimensão dos direitos humanos estar consolidada. A declaração de direitos constava do art.72 ao 78, e nos art. 69 a 71 estavam prescritos os direitos de nacionalidade e direitos políticos.

A Constituição Republicana foi reformada apenas uma vez, em 07 de setembro de 1926. Do conteúdo dessa reforma, de natureza centralizadora, é possível destacar: a alteração do dispositivo que tratava do *Habeas Corpus* para restringir a utilização desta garantia a proteção do direito de locomoção, colocando um fim a interpretação extensiva, denominada como Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*, que defendia a utilização desta ação constitucional para proteção e qualquer direito líquido e certo.⁴

Neste período do governo de Prudente de Moraes, a República das Espadas é substituída pela República Velha ou República do Café com Leite. Ou seja, na época os principais cargos e, notadamente, a presidência era dividida entre representantes das oligarquias agrárias dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, as quais se alternavam no poder utilizando ferramentas como o voto de cabresto, o coronelismo e a política dos governadores. (SILVA, 2002)

Desta forma, a eleição ocorria, a Constituição fazia referência ao sufrágio restrito para escolha do Presidente, porém não definia a escolha do governante, pois quem definia eram as oligarquias de Minas Gerais e São Paulo, as quais possuíam um acordo que prescrevia a alternância dos dois grupos no exercício da presidência do Brasil.

A República do Café com Leite perdurou até 1930, quando, desrespeitando a alternância, após o governo de um presidente oriundo de São Paulo, os paulistas decidem que desejam governar mais uma vez. Tal decisão aborrece os mineiros, os quais se unem a políticos do Rio Grande do Sul e lançam outro candidato a Presidência. Por suposta fraude, a oligarquia mineira é derrotada, porém, liderada por Getúlio Vargas e com a ajuda dos Tenentes promovem a chamada Revolução de 1930 e assumem a presidência.

⁴ Essa interpretação extensiva do Habeas Corpus foi defendida por Rui Barbosa e denominada Doutrina Brasileira do Habeas Corpus. p.549. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

A Revolução de 1930 leva Getúlio ao Poder com a promessa de elaborar uma nova Constituição que traduzisse os avanços existentes a época, as pautas do movimento tenentista e as demandas por mudanças existentes desde a Semana de Arte Moderna de 1922.

Todavia, Getúlio, ao chegar ao poder, não cumpre as promessas, principalmente a referente a convocação da Assembleia Nacional Constituinte. A oligarquia paulista, ainda aborrecida promove então a Revolução Constitucionalista em 09 de julho de 1932, da qual os paulistas apesar de saírem militarmente derrotados, saem politicamente vitoriosos, pois retomam o seu prestígio e forçam Getúlio a convocar a Assembleia Nacional Constituinte e promulgar a Constituição de 1934.

A Constituição, promulgada em 16 de julho de 1934, reafirmava a idéia de República federalista e tratava a respeito da primeira e segunda geração dos direitos fundamentais. Possuía um texto avançado para época, prescrevendo, além de direitos individuais, direitos sociais como saúde, educação e trabalho. Os direitos fundamentais estavam previstos do artigo 106 ao 158. Trazia um novo perfil de Estado, o qual deveria realizar intervenções para dirimir problemas na área social. A idéia de democracia também foi aperfeiçoada com a previsão expressa do voto feminino.

Na Constituição de 1934 foi previsto pela primeira vez garantias fundamentais como Mandado de Segurança, a Ação Popular, as quais passam a compor todas as Constituições brasileiras posteriores.

O texto avançado, porém tem vida breve. Mais uma vez houve um retrocesso no processo democrático quando, aproveitando-se de um evento mal sucedido, a Intentona Comunista, Getúlio Vargas cria o ambiente político necessário para a implantação de uma ditadura e outorga de uma Constituição que serve de fundamento para o governo autoritário instaurado, a denominada Constituição Polaca, datada de 10/11/1937.

A Constituição de 1937 possuía 174 artigos no corpo principal e 13 artigos nas disposições transitórias e finais. Um catálogo de direitos fundamentais também foi previsto no seu texto, porém é interessante observar que dentre esses direitos não estava o Mandado de Segurança e a Ação Popular. Os direitos trabalhistas foram contemplados apenas em artigos que proibiam o direito de greve e o *lock-out*. A Constituição também declarou em todo país uma medida de legalidade extraordinária, o Estado de Emergência.

A Constituição de 1946, promulgada em 18 de setembro, representou um movimento de redemocratização do país e valorização dos direitos humanos. Não obstante a deposição de Vargas tenha ocorrido a partir de um movimento militar, este documento representou um retorno do país a democracia. Tal acontecimento é fruto de um movimento maior, em verdade

ocorria uma onda de democratização no mundo todo após a segunda guerra mundial. Era uma contradição o Brasil lutar, no plano internacional, contra governos autoritários e internamente manter uma ditadura. Por conta disso Vargas convoca eleições para Presidente da República em 1945, colocando-se como um dos candidatos à presidência. Vargas termina, em razão de manobras políticas, por ser deposto pelas Forças Armadas e o Ministro José Linhares assume a chefia do executivo até a eleição do novo presidente.

No que se refere aos direitos fundamentais, a Constituição de 1946 se espelha na Constituição de 1891 e de 1934.⁵ Segundo Bonavides e Andrade (1991), a obra da Constituinte de 1946 representou um compromisso entre forças conservadoras e forças progressistas atuantes a época. Assim, dentre outras prescrições, restabeleceu o Mandado de Segurança, a Ação Popular e consagrou o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário.

OLIVEIRA (2010, p.50) ao tratar da Constituição de 1946 afirma:

Nascida em um mundo polarizado entre as ideologias que venceram a Segunda Guerra – o capitalismo e o socialismo – e preparada sob o exercício de um governo reacionário (Dutra), anticomunista, infenso à autonomia sindical, alinhado aos EUA e, logicamente, submisso às diretrizes do FMI, a Constituição de 1946, que perigou falhar na defesa da ordem democrática em 1954 (suicídio de Vargas), em 1955 (eleição de Juscelino), em 1956 (revolta de Jacareacanga), em 1959 (revolta de Aragarças) e em 1961 (renúncia de Jânio), não resistiu, contudo, à chegada de 1964 (reformismo de João Goulart).

A Constituição de 1946 não resistiu a chegada de 1964 porque neste ano ocorreu mais um golpe militar, implementado em 01/04 e formalizado através do Ato Institucional nº01 de 09/04. Com o golpe, ocorre o rompimento com a Constituição de 1946 e um retrocesso no que se refere a democracia e ao sistema de direitos e garantias fundamentais. O Brasil permaneceu sem Constituição escrita por quatro anos e, durante este tempo, houve a publicação de atos institucionais (AI's nº1,2,3 e 4) de conteúdos extremamente arbitrários, até a outorga da Constituição de 1967 e posterior publicação do último ato institucional, o AI 5 de 1968.

Na Constituição de 1967, apesar de estarem previstos no Título II os direitos e garantias fundamentais. Tais direitos não eram respeitados e nem implementados pelo Estado. Ainda assim, a Carta de 1967 teve vida curta, pois, em 13 de dezembro de 1968, foi publicado o Ato Institucional nº. 05, o qual rompeu com a Constituição de 1967 e estabeleceu uma série de poderes discricionários para o Presidente da República. Dentre as medidas previstas no ato

⁵ José Afonso da Silva em seu livro Direito Constitucional Positivo, p. 85 afirma que a Constituição de 1946 “Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, a fonte formais do passado, que nem sempre estiveram conformes a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal.”

institucional nº 05, estava o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias legislativas e das Câmaras dos Vereadores as quais só poderiam voltar a funcionar quando o próprio presidente as convocasse. Prescreveu ainda a suspensão dos direitos políticos, das garantias da magistratura e a cassação do mandato de parlamentares. De acordo com o seu texto o Presidente poderia, a qualquer momento, suspender a liberdade de reunião, suspender a liberdade de associação e instituir a censura suprimindo assim a liberdade de imprensa. Não foi coincidência o aumento, considerável, da tortura e dos assassinatos praticados pelo regime militar durante a sua vigência.

Ainda sob a égide do Ato Institucional nº 5, vários ministros do STF foram cassados e o habeas corpus foi suspenso em relação ao crime político, ao crime contra segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular. É importante lembrar que depois do Ato Institucional nº 5, foram publicados outros doze atos institucionais até a outorga da Constituição de 1969.

A Constituição de 1969, denominada pelos militares como Emenda nº 1/69, trouxe ainda mais retrocesso no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, incorporou ao seu texto medidas autoritárias dos atos institucionais até então publicados, consagrou a intervenção federal nos estados membros; cassou a autonomia política das capitais e outros municípios⁶; impôs restrições ao poder legislativo; validou o regime dos decretos-leis; estendeu o rol de restrições aos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição de 1967.

A Lei de Anistia, datada de 28 de agosto de 1979⁷, fez ressurgir a esperança em dias melhores e abriu o caminho para transição concretizada em 15 de janeiro de 1985, com a eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney. Todavia, antes da posse, Tancredo falece e José Sarney (vice-presidente) assume e cumpre a promessa de convocar a Assembleia Nacional Constituinte através da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

A Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira a utilizar a expressão genérica Direitos e Garantias Fundamentais para se referir as três dimensões dos direitos humanos. A amplitude do catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 não tem precedentes na história Constitucional brasileira. Isso pode ser explicado pelo momento político vivido

⁶ É importante lembrar que o Município só alcançou o *status* de entidade federativa na Constituição Federal de 1988.

⁷ No período de 1978 a 1985 inicia-se um processo de abertura do regime militar e redemocratização, marcado por acontecimentos como: retorno do pluripartidarismo, eleições diretas para governador em 1982 e pelo movimento das Diretas, o qual defendia a aprovação no Congresso de Emenda Constitucional prevendo eleições diretas para Presidente da República. GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. Revista de Informação Legislativa. a. 45, n. 178, p105-129. . Brasília: abril./junho. 2008.

pelo Brasil a época da Constituinte: o país estava saindo de uma ditadura militar de mais de vinte anos, a sociedade civil e todos os setores, (grupos conservadores, movimentos populares) desejavam colocar naquele documento fundamental um conceito próprio de justiça.

A Constituição de 1988 inova até na localização do título relativo aos direitos fundamentais ao coloca-lo logo após os princípios fundamentais, objetivando assim demonstrar a importância dos Direitos e Garantias Fundamentais para o sistema constitucional. Apesar do título específico, os direitos humanos estão presentes em todo o texto constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana foi previsto como princípio fundamental, e, portanto, norma matriz da Constituição. É importante ressaltar que pela primeira vez os direitos fundamentais foram incluídos como cláusula pétrea do sistema, nas Constituições anteriores somente a República e a Federação eram consideradas cláusulas pétreas. Foi estabelecido pela primeira vez em um texto constitucional brasileiro um verdadeiro sistema de direitos e garantias fundamentais.

Todavia, a extensão do catálogo de direitos fundamentais também tem outros efeitos: a multiplicação das situações de conflito e a ampliação do número de demandas judiciais baseadas em violações constitucionais contribuindo, deste modo, para salientar o fenômeno da judicialização das relações sociais.

3. CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA, EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para que exista Democracia é essencial que a vontade popular seja respeitada, mas também é preciso que existam eleições, partidos políticos, separação dos poderes, respeito a vontade da maioria e da minoria. Mas existe algo também que caracteriza uma sociedade democrática: a instituição de direitos e garantias.

Nesse sentido, BOBBIO (1997, p.19) ao definir democracia, previne:

No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas

reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo.

Assim, a instituição de direitos fundamentais é proporcional ao grau de democracia de um determinado país. Quanto mais fortalecida a democracia, maior o rol de direito e garantias fundamentais. Democracia e direitos fundamentais estão intimamente relacionados.

As ideias de situação e oposição, maioria e minoria, cujas vontades devem ser respeitadas e garantidas pela lei, traduzem uma sociedade internamente dividida, porém a democracia tem esta singularidade: considera o conflito legítimo e legal, permite que a própria sociedade trabalhe os seus conflitos para construir o futuro. A democracia exige que os conflitos sejam reconhecidos e respeitados e os eleva a categoria de direitos e requer o consenso total apenas no que diz respeito as regras do processo. É esse conflito, é esse dissenso no dizer de BOBBIO (1997), que levará a construção de um consenso da maioria para evolução do processo democrático.

Esse consenso traduz a concepção política de justiça conquistada a partir da democracia constitucional, a qual além de servir de justificativa para as instituições políticas, possibilita a estabilidade do regime de uma geração para outra. Esta concepção política de justiça permite que os cidadãos avaliem se suas instituições são justas. (RAWLS, 2000)

Os direitos fundamentais teriam assim uma função democrática, pois: ao legitimarem o conflito permitem a participação de todos os cidadãos, implicam a participação em garantias que promovem a participação política, criam direitos sociais, econômicos e culturais constitutivos da democracia. A democracia ao ter como pressuposto a participação igualitária dos cidadãos, incentiva os direitos de participação e associação, os quais, por conta disso, são considerados fundamentos funcionais da democracia. Os direitos fundamentais, assim, representam um remédio contra o poder antidemocrático e a sua efetivação garante o domínio da democracia e o respeito a vontade popular.

A relação entre democracia e direito foi bastante aprimorada quando a declaração de direitos passou a compor o texto constitucional, ou seja, quando os direitos humanos foram transformados em direitos fundamentais. Era possível imaginar que, atribuindo uma maior força normativa aos direitos, o problema da institucionalização estivesse resolvido. Porém não foi o que aconteceu. Em realidade, a introdução dos direitos humanos na lei maior conferiu

mais visibilidade a questões que anteriormente não eram percebidas e fez surgir problemáticas novas em razão da sua natureza obrigatória.

Por outro lado, a constitucionalização dos direitos fundamentais significou uma limitação a soberania popular, haja vista as normas constitucionais que prescrevem direitos fundamentais não estarem subordinadas a decisões majoritárias ou deliberações democráticas. O Constitucionalismo atua contendo a tomada de decisão popular através da Lei Fundamental. Percebe-se o paradoxo entre democracia e constitucionalismo e conseqüentemente entre democracia e direitos fundamentais. Isso porque quando o poder constituinte regula a democracia ele também a limita. Ao mesmo tempo pode-se afirmar que a Constituição só tem sentido em um ambiente democrático, a democracia necessita da Constituição para se concretizar. (CHUEIRI; GODOY, 2010)

ALEXY (1999) identifica quatro dificuldades a partir da institucionalização dos direitos humanos. A primeira delas é que os direitos fundamentais, como normas constitucionais, passam a ser considerados como fundamento do sistema e a limitar todas as outras normas do ordenamento, as quais devem se conformar formalmente e materialmente com o seu conteúdo. Com isso toda estrutura do estado, inclusive os três órgãos supremos, Executivo, Legislativo e Judiciário estão vinculados a Constituição e por conseqüência aos direitos fundamentais. Esta vinculação pode ser controlada através do Poder Judiciário, o qual neste caso atua para dirimir os conflitos. Então temos a nossa segunda dificuldade: a concretização dos direitos fundamentais realizada pela Corte Constitucional. É uma concretização suprema, realizada pelo guardião da constituição que submete, reitero, os três poderes. A terceira dificuldade é que os bens protegidos através dos direitos fundamentais são bens de grande importância para o Estado, o que exige um cuidado e uma responsabilidade ainda maior dos órgãos estatais no trato com tais dispositivos. O quarto problema é a necessidade de uma interpretação que possibilita uma fixação de limite aos direitos fundamentais através da ponderação dos bens jurídicos tutelados. Sem a realização da ponderação não é possível verificar o conteúdo exato do direito.

Por conseguinte, percebe-se que a última palavra em relação aos direitos fundamentais não é do povo. Mesmo em um regime democrático. A última palavra, depois da positivação dos direitos humanos na Constituição é da corte constitucional. E essa corte nem sempre tem seus membros escolhidos pelo povo. Isso está de acordo com o texto constitucional? No caso brasileiro isso representaria o cumprimento ao princípio fundamental da Constituição brasileira que prescreve que todo poder emana do povo?

Os direitos fundamentais parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal tornados em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual trata a Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma quimera que leva à rebentação uma contradição entre direitos fundamentais e democracia? (ALEXY, 1999,p.64)

Para responder a esse questionamento Alexy propõe três modos de visão da relação entre direitos fundamentais e democracia: o ingênuo, o idealista e o realista. Para o ingênuo entre direitos fundamentais e democracia não pode existir conflito porque ambos representam coisas boas para o sistema. Essa visão não corresponde à verdade porque não existem conflitos apenas entre o bom e o mau. Existem conflitos no interior de coisas boas. Um bom exemplo é a democracia. O conflito é inerente à ideia de democracia.

O modo idealista admite o conflito e também a reconciliação entre direitos fundamentais e a democracia. Porém, como a própria denominação já informa, isso é um ideal, não teria lugar no mundo concreto.

Na visão realista a relação entre democracia e direitos fundamentais é marcada por uma contradição: nessa visão os direitos fundamentais são ao mesmo tempo democráticos e ademocráticos. São democráticos porque ao garantirem os direitos de liberdade e igualdade, asseguram desenvolvimento e existência dos indivíduos e porque ao assegurar as liberdades tornam possíveis as condições funcionais do processo democrático. São ademocráticos porque eles desconfiam do processo democrático. Essa desconfiança é resultado da vinculação do legislador a interpretação dada pelos órgãos judiciais aos direitos fundamentais, dessa forma retiram do parlamento poderes de decisão e os entregam para um órgão que não tem entre seus membros representantes do povo eleitos.

Para Alexy a chave para resolver a contradição na posição realista é a distinção entre a representação política e argumentativa do povo. O parlamento, portanto, representaria o cidadão politicamente e a Corte constitucional representaria argumentativamente. O Próprio autor reconhece que no caso da corte essa representação é mais ideal do que a do parlamento. A representação do Tribunal é eficiente quando os argumentos do tribunal estão em consonância com os da coletividade e das instituições políticas. Quando esses argumentos conduzem a reflexões e discussões que possibilitam o reconhecimento da institucionalização dos direitos fundamentais. Esse fato supera a contradição interna que rege a relação entre democracia e direitos fundamentais e permite, segundo Alexy, a realização dos direitos fundamentais no Estado democrático.

Se do conflito faz parte da relação entre direitos fundamentais e Democracia, vez que a democracia é formada pelo conflito e a construção das soluções passa pela discussão, esse

conflito também leva ou pode levar a construção de soluções e é isso que demonstra Alexy quando trata da posição realista. A Corte Constitucional pode representar a sociedade argumentativamente. Isso não significa ceder a pressão de grupos, mas, trabalhar em sintonia com os movimentos populares e instituições na busca das melhores soluções para o país. O órgão responsável pela guarda da Constituição para alcançar esse estágio não poderia perder de vista, em nenhum momento, que todo poder emana do povo.

Contudo, para que essa sensibilidade da Corte Constitucional seja desenvolvida e permita que ela atue como representante da sociedade no âmbito da argumentação há de se repensar, em um primeiro momento, a composição do órgão a qual deveria ser o mais plural possível, com membros dos três poderes e da sociedade civil. A guarda da Constituição não deveria estar sob a responsabilidade de um único poder, como no caso brasileiro. Isso propicia excessos e equívocos que poderiam ser evitados com uma composição plural.

Ser representante argumentativo da sociedade não significa adotar sempre a posição majoritária, todavia, também atuar na função contramajoritária limitando atos dos outros poderes e fazendo valer os direitos e garantias fundamentais. Assim, quando Alexy afirma que os direitos fundamentais são democráticos e antidemocráticos, está falando que os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com a Constituição, mesmo que isso contrarie a vontade da maioria ou do representante político do povo, o poder legislativo.

A história constitucional brasileira demonstra como, realmente, a efetivação do sistema de garantias de direitos fundamentais está relacionada com a existência de um regime democrático. Percebe-se também o Supremo Tribunal Federal atuando cada vez mais como representante argumentativo da sociedade limitando em muitos casos a atuação do poder legislativo. Essa atuação contramajoritária do Poder Judiciário e, principalmente, da Corte Constitucional brasileira, no controle de constitucionalidade é essencial para a concretização dos direitos e garantias fundamentais e a própria existência da democracia.

CONCLUSÃO

Considerando todos os pontos trabalhados conclui-se que:

O conceito de democracia, assim como o conceito de direitos humanos é histórico e incorporam valores ao seu conteúdo com o passar do tempo;

A democracia se realiza e se oxigena através da instituição dos direitos e garantias fundamentais;

Os direitos fundamentais não podem existir em um ambiente antidemocrático;

A institucionalização, a constitucionalização dos direitos fundamentais levou a limitação da representação popular, a qual apesar de contramajoritária é essencial para garantir a efetivação dos direitos e garantias e tornar a democracia perene;

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário é de grande importância para a realização e construção do ambiente democrático, na medida em que protege as minorias e promove o respeito aos direitos humanos mesmo que tal proteção contrarie os interesses da maioria.

O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional tem importante papel na consolidação da Democracia no Brasil. Sua atuação ponderada e nos limites previstos pelo Poder Constituinte é vital para concretização dos Direitos Humanos na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático – Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução. Dr. Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, 217:55-66, Rio de Janeiro: jul/set. 1999.

ALVES, J. A. Lindgren. O contrário dos direitos humanos (explicitando Zizek). Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 45, n. 1, p. 92-116, jun. 2002. Disponível em : <http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a05n5556.pdf>. Acessado em: 18/05/2017.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade - Para uma Teoria Geral da Política. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 13ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. Liberalismo e Democracia. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6ª Edição. Brasília: Editora Brasiliense, 1994.

_____. O Futuro da Democracia; Uma Defesa das Regras do Jogo. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. O Poder Moderador na Constituição do Império – Exemplo de um desencontro do Direito com os fatos. Revista de Informação Legislativa. a. 11, n. 41, p. 27-32. Brasília: abril./junho. 1974.

- _____. A Constituição do Império. Revista de Informação Legislativa. Vol. 24, n. 94, p. 05-16. Brasília: jan./mar. 1987.
- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. Revista de Direito GV, 6[1] p.159-174, São Paulo: jan-jun.2010
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CANOTILHO, J.J.Gomes . Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. Convite a Filosofia. 14ª edição. São Paulo: Ática, 2010.
- DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Trad.: Beatriz Sidou. Brasília: editora UNB, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.
- GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. Revista de Informação Legislativa. a. 45, n. 178, p105-129. . Brasília: abril./junho. 2008.
- MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais perante o Terrorismo. In:BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- OLIVEIRA, André Felipe Vêras de. A Constituição de 1946: Precedentes e Elaboração. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_27.pdf . Acesso em: 18 de jun. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: *Comentários a Constituição do Brasil*. CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wofgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAWLS, Jonh. Justiça e Democracia. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39ª edição. São Paulo: malheiros, 2016.

TRINDADE, João Damião de Lima Trindade. Anotações Sobre a História Social dos Direitos Humanos. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. Série Estudos , nº11, out-1998, p.21-163. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.